الملتقى العلمي الثالث لطلبة الدراسات العليا
بكلية الآداب والعلوم الإنسانية
باحثون٣

الجزء الثاني

٢٥ - ٢٧ / ٦ / ١٤٤٢هـ
٧ - ٩ / ٢ / ٢٠٢١م

مركز النشر العلمي
جامعة الملك عبدالعزيز
http://spc.kau.edu.sa

العرف وأثره في تجدد الأحكام الفقهية

ست مسائل من فقه الأسرة نموذجاً

الباحث: أحمد بن خالد بن أمين العطاس

القسم العلمي: الشريعة والدراسات الإسلامية

مسخلص

من أعظم مزايا الشريعة اشتمالها على أحكام مرنة لتلبي حاجات الناس مع اختلاف الزمان والمكان والظروف والأحوال، من أسباب مرونة الفقه الإسلامي اشتماله على مصادر تشريعية مرنة كالعرف والاستحسان والمصالح وسد الذرائع، يجب على المفتي والقاضي معرفة الأحكام الفقهية التي يمكن تغيرها كالمبينة على العرف، ثم معرفة واقع زمانه لينزل الحكم بشكل صحيح، مسألة ذكر مساوئ الخاطب: يجب على المستشار بيان ذلك إن علم كونه عيباً عرفاً عند المستشير، مسألة اللحن في صيغة العقد: يصح العقد ولو كانت الصيغة لحناً في اللغة العربية الفصحى، مسألة الفصل بين الإيجاب والقبول: إذا حصلت مشكلة تقنية في برنامج التواصل وانقفل البرنامج بعد الإيجاب وأُخرج الحاضرون من القاعة الافتراضية فيجب حينئذ العودة لدخول القاعة الافتراضية وإعادة الإيجاب والقبول، إذا لم يكن للمرأة ولي يسهل الوصول إليه عادة فلها أن تفوض من يعقد لها، وهذا الحكم يتغير في عصرنا لتوفر وسائل التواصل عن بعد، فيتيسر الوصول للولي عبر الاتصال، فما كان صعبا عادة سابقاً أصبح الآن سهلاً، إذا غاب الولي الأقرب للمرأة مسافة القصر فتنتقل الولاية، وفي زماننا.. لا؛ لتوفر التواصل عن بعد، شرط المحلِل في الطلاق الثلاث أن يمكن جماعه عادة: والخلاصة أن سن التسع هو أقل سن يحصل به التحليل.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على عبده ورسوله سيدنا ونبينا محمد وآله وصحبه أجمعين، وبعد:

فهذا بحث مستل من أطروحتي في الدكتوراه بعنوان:

المسائل المبنية على العرف في فقه الأسرة

دراسة تطبيقية مقارنة على قاعدة تغير الفتوى بتغير العرف

من خلال كتاب تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي الشافعي

وقد كان من أهم أسباب اختيار هذا البحث هو إبراز مرونة وتجدد الفقه الإسلامي وصلاحه لكل زمان ومكان من خلال استعراض المسائل الفقهية الأسرية المنوطة بالعرف والذي من شأنه التغير، وإظهار أثر العرف في تغير الحكم والفتوى تبعا لتغيرات العصر، وليُعلم خطورة الجمود على بعض الأحكام المسطورة في تراثنا الفقهي العظيم والتي يجب فيها مراعاة تغير الواقع حتى يمكن تنزيل الفتوى بشكل صحيح.

وقد نبه على ذلك قديما كثير من الفقهاء، منهم الإمام القرافي رحمه الله إذ يقول: (وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين)[١].

وقد فصلت في أطروحتي الكلام عن التأصيل لدليل العرف والذي خلصت إلى تعريف مختار له بقولي أنه «عادة جمهور قوم، في قول أو فعل، مما لا ينكره الشرع».

وليس المقصود هنا في هذا البحث المختصر التطويل في الجانب التنظيري، بل المطلوب هو عرض ما له علاقة بقضايا المجتمع المعاصرة، كما هو شرط المشاركة في الملتقى.

(١) الفروق للقرافي، ١/١٧٦.

ولذا سأختار من بحثي مسائل لها صلة بواقعنا المعاصر، أرجو من الله تعالى أن يجعل فيها النفع والقبول، آمين.

وسيكون منهجي في عرض المسائل أني أنقل نص المسألة من تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي الشافعي رحمه الله، ثم أشرحه، ثم أبين خلاف المذاهب إن وجد، وأظهر أثر العرف في زماننا المعاصر.

وقد اخترت ست مسائل، وهذا بيانها بتوفيق الله..

المسألة الأولى/ ذكر مساوئ الخاطِب:

قال ابن حجر رحمه الله:

(ومن استشير في خاطب)، أو نحو عالم لمن يريد الاجتماع به أو معاملَتَه هل يصلح أو لا؟ أو لم يُستشر في ذلك، كما يجب على من علم بالمبيع عيبا أن يخبر به من يريد شراءه مطلقا، خلافا لمن وهم فيه فقال: لا يجب هنا إذا لم يُستشر، فارقا بأن الأعراض أشد حرمة من الأموال؛ وذلك لأن الضرر هنا أشد؛ لأن فيه تكشفَ بُضع وهتكَ سوأةٍ، وذو المروءة يسمح في الأموال بما لا يسمح به هنا.

(ذَكَرَ) وجوبا، كما في الأذكار والرياض وشرح مسلم كفتاوى القفال وابن الصلاح وابن عبد السلام (مساوئه) الشرعية وكذا العرفية فيما يظهر؛ أخذا من الخبر الآتي: «وأما معاوية فصعلوك لا مال له»[1].

أي: عيوبه، سميت بذلك؛ لأنها تسيء صاحبها، أي ما ينزجر به منها إن لم ينزجر بنحو: «ما يصلُح لك» كما قاله المصنف كالغزالي.

ولا ينافيه الحديث الآتي خلافا للأذرعي، لاحتمال أنه ﷺ علم من مستشيرته أنها وإن اكتفت بنحو: «لا يصلُح لكِ» تظن وصفا أقبح مما هو فيه، فبين دفعا لهذا المحذور.

ولا يقاس به ﷺ غيره في ذلك، فيلزمه الاقتصار على ذلك[2] وإن تُوُهِّم نقصٌ أفحشُ؛ لأن لفظه لا يُتعبد[3] به فلا مبالاة بإيهامه.

(بصدق) ليحذر؛ بذلا للنصيحة الواجبة، وصح أنه ﷺ استُشير في معاوية وأبي جهم فقال: «أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه _كناية عن كثرة الضرب قيل أو السفر_ وأما معاوية فصعلوك لا مال له»[4].

(١) صحيح مسلم (١٤٨٠)
(٢) أي نحو: «ما يصلح لك».
(٣) وفي نسخ أخرى «يتقيد».
(٤) سبق تخريجه قبل قليل.

نعم، إن علم أن الذِّكر لا يفيد.. أمسك؛ كالمضطر لا يباح له إلا ما اضطر إليه.

وقد يؤخذ منه: أنه يجب ذكر الأخف فالأخف من العيوب، وهذا أحد أنواع الغيبة الجائزة، وهي: ذكر الغير بما فيه أو في نحو ولده أو زوجته أو ماله مما يكره _أي عرفا أو شرعا_)[1].

ثم قال بعد أسطر:

(ولو استشير في نفسه وفيه مساوٍ ففيه تردد، والذي يتجه: أنه يلزمه أن يقول «لا أصلح لكم»، فإن رضوا به مع ذلك فواضح، وإلا لزمه الترك أو الإخبار بما فيه من كل مذموم شرعا أو عرفا فيما يظهر، نظير ما مر) [2].

هذا الشرح الموسع من العلامة ابن حجر رحمه هو بيان للعبارة المختصرة في منهاج النووي: «**ومن استُشير في خاطب ذَكَر مساوِيَه بصدق**».

وخلاصة المسألة أن من استشير في خاطب وجب عليه ذكر عيوبه شرعاً وعرفاً، من باب بذل النصيحة لقولهﷺ: (المستشار مؤتمن)[3]، ويبدأ بذكر الأخف فالأخف، فإن علم فيه عيباً قال للمُستشير: «هذا الخاطب لا يصلح لكم»، فإن كفى كان بها، وإلا فليذكر له ما يعرفه صدقاً من عيوب الخاطب، سواء كانت هذه العيوب مذمومة شرعاً أو لم تكن مذمومة شرعاً لكنها عيب في عرفهم، وهذا أحد أنواع الغيبة الجائزة.

وكذلك لو استشير في نفسه وعلم أن فيه عيبا شرعياً أو عرفيا قال لهم «لا أصلح لكم»، فإن لم يرد أن يقول ذلك ترك الخِطبة أو لزمه الإخبار بما فيه من كل مذموم شرعاً أو عرفاً.

ومحل مسألتنا هو أن المستشار يجب عليه أن يذكر العيوب العرفية في الخاطب.

يعني كما يجب عليه أن يبين ما فيه مما هو مذموم شرعا كأن كان يشرب الخمر مثلاً، كذلك يجب عليه أن يبين ما فيه مما هو مذموم عرفاً وإن لم يُذم شرعاً كأن كان فقيراً في عرف المجتمع، فالفقر غير مذموم شرعا ولكنه قد يكون عيباً في عرف بعض المجتمعات، والدليل على ذلك الحديث السابق الذي بين فيه النبي ﷺ فقر أبي معاوية.

(١) تحفة المحتاج، ٧/٢١٣.
(٢) تحفة المحتاج، ٧/٢١٤.
(٣) سنن أبي داود (٥١٢٨)، وسنن الترمذي (٢٣٦٩) وقال حسن صحيح.

وفي مجتمعنا الحالي لاحظتُ بعض الأمور التي تعد عيباً في الخاطب غالباً، ككون الرجل مُطلِّقاً، فكثير من العائلات إذا جاءهم خاطب وعلموا أنه قد سبق له أن طلق زوجته السابقة فالغالب رفضه، فهذا وإن لم يكن شيئا مذموماً شرعاً لكنهم يعدونه عيباً في عرفهم لاعتبارات معينة، وكذلك الرجل المعدِّد إذا تقدم للخطبة فقد ترفضه بعض العوائل لكونه معدداً.

ومن الأمور التي قد تعد عيباً في عرف بعض المجتمعات كون الرجل سميناً جداً، أو كونه إنساناً عصبياً، أو كونه مجهول النسب، أو كونه يعمل في مهنة يعتبرها أهل المخطوبة مهنة معيبة، أو كون الرجل مصاباً بمرض معين وإن كان غير مسوِّغ للخيار.

فكل هذه الأمثلة وغيرها مما لا تعتبر عيباً شرعاً لكنها تعتبر عيباً في عرف بعض العوائل والمجتمعات فعندئذٍ يجب على المستشار بيان ذلك إن علم كونه عيباً عرفاً عند المستشير، والله أعلم.

وأسوق هنا قصة لطيفة فيها الصراحة التامة في ذكر عيوب الخاطب، أخرجها الحاكم في المستدرك عن عمرو بن ميمون: أن أخاً لبلال كان ينتمي إلى العرب ويزعم أنه منهم، فخطب امرأة من العرب فقالوا: إن حضر بلال زوجناك، قال: فحضر بلال فقال: (أنا بلال بن رباح، وهذا أخي، وهو امرؤ سيء الخلق والدين، فإن شئتم أن تزوجوه فزوجوه، وإن شئتم أن تدَعوا فدَعُوا)، فقالوا: (من تكن أخاه نزوجْه)، فزوجوه.[1]

آراء المذاهب..

المالكية/

قال في لوامع الدرر:

(يجوز لغير الولي أن يذكر عيوب كل من الزوجين ما لم يسأل عن ذلك وإلا وجب)[2]، وقال أيضا: (وتجب الغيبة في المشاورة تحذيرا وتحريرا، فيجب أن تفصح بعيب من استنصحت في مصاهرته أو معاملته أي حيث لم يكن بد من التصريح)[3].

ففي هذا النص وجوب إفصاح المستشار عن عيوب الخاطب إذا سئل عنه، ولم يفرقوا بين عيب وعيب، فيفهم منه الإطلاق فيندرج العيب الشرعي والعرفي.

(١) مستدرك الحاكم (٥٢٣٧) وصححه وكذا الذهبي، والسنن الكبرى للبيهقي (١٣٧٨٨).
(٢) لوامع الدرر للشنقيطي، ٦/ ٤١.
(٣) لوامع الدرر للشنقيطي، ٦/ ٤٦.

الحنابلة/

قال في كشاف القناع:

(وعلى من استشير في خاطب أو مخطوبة أن يذكر ما فيه من مساوئ) أي عيوب (وغيرها ولا يكون غيبة محرمة إذا قصد به النصيحة) لحديث «المستشار مؤتمن» وحديث «الدين النصيحة»(١) ويأتي في الشهادات بأوسع من هذا.

(وإن استشير في أمر نفسه بينه كقوله عندي شح، وخلقي شديد ونحوهما) لعموم ما سبق)(٢).

وكذلك الحنابلة هنا أطلقوا بيان عيوب الخاطب، فيندرج فيه العيوب الشرعية والعرفية كما يفهم من أمثلتهم.

فالخلاصـــة أن المذاهب المذكورة متفقة على الإفصاح عن عيوب الخاطب سواء كانت شرعية أو عرفية، وبهذا يظهر مدى أثر العرف على حياة الناس وأن له قيمة معتبرة في الشرع المطهر.

المسألة الثانية/ اللحن في صيغة العقد:

قال الإمام النووي رحمه الله:

(إنما يصح النكاح بإيجاب، وهو أن يقول: زوجتك أو أنكحتك، وقبولٍ، بأن يقول الزوج: تزوجت أو نَكَحتُ أو قبلت نكاحها أو تزويجها).

ويقول ابن حجر رحمه الله شارحاً كلام النووي:

(ولا يضر من عامي نحو فتح تاء متكلم(٣)، وإبدال الزاي جيما(٤)، وعكسه(٥)، والكاف همزة(٦).

وفي فتاوى بعض المتقدمين: يصح «أنكحكُكَ» كما هو لغة قوم من اليمن.

والغزاليّ: لا يضر: زوجت لك، أو: إليك؛ لأن الخطأ في الصيغة إذا لم يُخِلَّ بالمعنى ينبغي أن يكون كالخطأ في الإعراب والتذكير والتأنيث اهـ.

وهو صريح فيما ذكر وغيره من اغتفار كل ما لا يخل بالمعنى، ومن ثَم قال أبو شُكَيْل في نحو فتح تاء المتكلم: هذا لحن لا يخل بالمعنى فلا يخرج به الصريح عن موضوعه.

(١) صحيح مسلم (٩٥).
(٢) كشاف القناع للبهوتي، ١١/٥.
(٣) كأن يقول «زوجتَك».
(٤) كأن يقول «جوزتك».
(٥) كأن يقول «زوزتك».
(٦) كأن يقول «زوجتأ».

وعن الشرف بن المقري: أنه أفتى في فتح التاء بأن عرف البلد إذا فهم به المراد صح حتى من العارف. ا هـ.

وكأنه إنما قيد بعرف البلد ذلك[١]؛ لأجل ما بعد «حتى»، إذ من الواضح أن العامي لا يشترط فيه ذلك[٢].

فإن قلت: ينافي ذلك[٣] عدهم _كما مر_ «أنعمتُ» بضم التاء أو كسرها مخلا للمعنى، وكان هذا هو الحامل لبعضهم على قوله: لا يصح العقد مع فتح التاء مطلقا[٤]، ونقله غيره عن الإسنوي في: «بعتَك» بفتح التاء.

قلت: يفرق بأن المدار في الصيغ على المتعارف في محاورات الناس، ولا كذلك القرآن، فتأمله.

والعجب ممن استدل بقول الغزالي: لا يضر الخطأ في التذكير والتأنيث، أي: كما صرحوا به في الطلاق والقذف والعتق، على أن فتح التاء يضر، وغفل عن أنه إذا صح: «زوجتُكِ» بكسر الكاف خطابا للزوج.. صح بفتح التاء بلا فارق[٥].

الشرح:

يتكلم المصنف رحمه الله عن اللحن في صيغة العقد، وهل ينعقد النكاح مع وجود اللحن في الصيغة؟

ومن المسائل التي نبه عليها: لو قال الولي «زوجتَك» بفتح التاء، مع أن الصواب لغةً بضمها، هل يصح العقد عندئذ؟

فالجواب أن عرف البلد إذا فهم به المراد صح العقد حتى من العارف باللغة؛ لأن المدار في الصيغ على المتعارف في محاورات الناس[٦].

ففي هذه المسألة يتضح جلياً رفع الحرج عن الناس بقبول عرفهم فيما لا تعبد فيه من صيغ العقود وإن خالف اللغة العربية.

(١) أي قوله «إذا فهم به».
(٢) أي عرف البلد.
(٣) أي ما مر عن أبي شكيل.
(٤) أي سواء كان ذلك عرف البلد أم لا.
(٥) تحفة المحتاج، ٧/٢١٩.
(٦) ضابط فقهي.

فصيغ العقود المراد منها الكشف عن رضا العاقدين، فلو فهموا بعرفهم القبول والتراضي من لفظ الصيغة فقد حصل المقصود وصح العقد ولو كانت الصيغة لحناً في اللغة العربية الفصحى.

فهذه المسألة تطبيق لتحكيم واعتبار العرف القولي ولو تعارض مع اللغة.

الحنفية/

قال في مجمع الأنهر:

(وكذا لا ينعقد بألفاظ مصحفة كـ «تجوزت» مكان «تزوجت» كما يقع في بعض الديار من العوام على طريق الغلط، أما لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة بحيث إنهم يطلبون بها الدلالة على حل الاستمتاع وتصدر عن قصد واختيار منهم ففيه قول بانعقاد النكاح بها، حتى أفتى به بعض المتأخرين)[١].

هذا النص من كلام الحنفية يُفهم منه أن المجتمع لو تعارف على النطق بكلمة مصحفة فيها لحن مخل بالمعنى العربي وفهموا منها قصدهم فإن العقد يصح ولو كانت اللفظة غلطاً في اللغة العربية.

فهنا يظهر جلياً تقديم العرف القولي على العرف اللغوي.

الحنابلة/

قال في غاية المنتهى:

(وإن فتح ولي تاء «زوجتَك» صح لجاهل وعاجز، قيل: وعالم. وقال الشيخ: ينعقد بما عده الناس نكاحا بأي لغة ولفظ كان)[٢].

كشاف القناع:

(ويصح الإيجاب من الولي بلفظ «زُوِّجتَ» بضم الزاي وفتح التاء المبني للمفعول، لا «جوزتك» بتقديم الجيم، وسئل الشيخ تقي الدين: عن رجل لم يقدر أن يقول إلا: «قبلت تجويزها»؟ فأجاب بالصحة بدليل قوله: «جوزتي طالق» فإنها تطلق)[٣].

ثم قال:

((واختار الموفق والشيخ) تقي الدين (وجمعٌ انعقاده بغير العربية لمن لم يحسنها) لأن المقصود المعنى دون اللفظ)[٤].

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده، ١/٣٢٠.
(٢) غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى للشيخ مرعي الكرمي الحنبلي، ٢/١٧١.
(٣) كشاف القناع للبهوتي، ٥/٣٨.
(٤) المرجع السابق.

ثم قال:

((فالأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع) كالصلاة والزكاة والصوم والحج والوضوء والغسل ونحوها (و) تعرف حدودها (تارة باللغة) كرجل وفرس وشجر (و) تعرف حدودها (تارة بالعرف) العام كالدابة لذوات الأربع، أو الخاص كالفاعل والمبتدأ (وكذا العقود) فتعرف حدودها بواحد من هذه الثلاثة)[1].

هذه نصوص منيرة من الفقه الحنبلي يتضح فيها مدى احترام العرف، وقد اتفقوا مع الشافعية في صحة العقد لو قال «زوجتَك» بفتح التاء، لأن المقصود المعنى دون اللفظ، ولأن الأسماء تعرف حدودها من الشرع أو اللغة أو العرف، فما دام أهل العرف فاهمين للمقصود صح العقد.

ولو قال «جوزتك» لم يصح على المذهب لكن شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه صحح ذلك بناء على قاعدته الواسعة «ينعقد بما عده الناس نكاحا بأي لغة ولفظ كان»، وهنا يظهر مدى أثر الأخذ بالعرف في التوسعة على الناس ورفع الحرج عنهم فيما لا نص فيه.

فالخلاصـــة أن المذاهب الثلاثة المذكورة متفقة على اعتبار اللفظة العرفية _وإن كانت غلطاً_ وتقديمها على الفصحى، ما دام المعنى المقصود واضحاً مفهوما لدى المتعاقدين، مع وجود بعض التفاصيل في كل مذهب، لكن هذا المبدأ العام.

فهذه المسألة يتجلى فيها تقديم العرف القولي على اللغة. والله أعلم.

المسألة الثالثة/ الفصل بين الإيجاب والقبول:

قال ابن حجر رحمه الله:

((ويصح بالعجمية في الأصح)، وإن أحسن العربية، وهي: ما عداها؛ اعتباراً بالمعنى، إذ لا يتعلق به إعجاز.

ويشترط أن يأتي بما يعده أهل تلك اللغة صريحا في لغتهم.

هذا إن فهِمَ كلٌ كلامَ نفسِه والآخرِ، ولو بأن أخبره ثقة بالإيجاب أو القبول بعد تقدمه من عارف به، ولو بإخبار الثقة له بمعناه قبل تكلمه به فقَبِلَه أو أجاب فورا على الأوجَهِ)[2].

(١) المرجع السابق.
(٢) تحفة المحتاج، ٧/٢٢١.

قال في الحاشية معلقاً:

((قوله: فورا) أي بلا طول الفصل عرفا بالإخبار بين الإيجاب والقبول).

الشرح:

يبين المصنف أنه يصح عقد النكاح بغير اللغة العربية إن كان كلٌ من العاقدين يفهم كلامَ نفسه وكلامَ الآخر، ولو كان هذا الفهم بإخبار مترجِمٍ ثقةٍ.

ويشترط في الترجمة بين الطرفين أن تكون فورية بألا يطول الفصل عرفاً بين الإيجاب والقبول.

ومحـــل مســـألتنا هو الرجوع إلى العرف في ضبط المدة الطويلة الفاصلة بين الإيجاب والقبول، والتي تعتبر مانعاً من صحة الصيغة.

ومثال الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول أن يقول الولي «زوجتك» فيجيب الزوج بـ»قبلت» بعد خمس دقائق، فهنا يجب إعادة الصيغة.

وهذه المسألة تطبيق لقاعدة «ما لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف».

آراء المذاهب:

الحنفية/

قال في البحر الرائق:

(شرائط الإيجاب والقبول.. فمنها: اتحاد المجلس إذا كان الشخصان حاضرين، فلو اختلف المجلس لم ينعقد، فلو أوجب أحدهما فقام الآخر أو اشتغل بعمل آخر بطل الإيجاب؛ لأن شرط الارتباط اتحاد الزمان فجُعل المجلس جامعا تيسيرا، وأما الفور فليس من شرطه، فلو عقدا وهما يمشيان ويسيران على الدابة لا يجوز، وإن كانا على سفينة سائرة جاز)[١].

والمفهوم من كلامهم أنه يصح العقد ولو طال الفصل بين الإيجاب والقبول ما داما في مجلس واحد.

لكن يظهر أثر العرف عندهم في اتحاد المجلس من اختلافه، فكل ما يعد قاطعا للمجلس عرفاً قطعه، وبالتالي عدم صحة العقد.

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي، ٣/٨٩.

المالكية/

قال في مواهب الجليل:

(والنكاح عقد لازم لا يجوز فيه الخيار خلافا لأبي ثور، ويلزم فيه الفور في الطرفين، فإن تراخى القبول عن الإيجاب يسيرا جاز)[1].

وعلى هذا فمذهبهم كالشافعية في عدم الفصل الطويل، ويضبط الفصل اليسير بالعرف كما تقدم توضيحه.

الحنابلة/

قال في الروض المربع:

((وإن تأخر) أي تراخى القبول (عن الإيجاب صح ما داما في المجلس، ولم يتشاغلا بما يقطعه) عرفا، ولو طال الفصل، لأن حكم المجلس حكم حالة العقد، (وإن تفرقا قبله) أي قبل القبول أو تشاغلا بما يقطعه عرفا (بطل) الإيجاب للإعراض عنه، وكذا لو جن أو أغمي عليه قبل القبول لا إن نام)[2].

وواضح أن مذهبهم قريب من مذهب الحنفية، يشترطون البقاء في المجلس ولو طال الفصل بين الإيجاب والقبول، بشرط عدم انقطاع المجلس بما يعد قاطعاً عرفاً.

فالخلاصة أن العرف له أثر واضح في ضبط ما يعد قاطعاً على اختلاف تفصيل المذاهب، فالمالكية والشافعية اشترطوا عدم طول الفصل بين الإيجاب والقبول، والحنفية والحنابلة اشترطوا عدم انقطاع مجلس العقد، وفي كلا الحالتين العرف محكم.

وهنا تأتي مسألة عصرية وهي: عقد النكاح عن بعد بالاتصال المرئي عن طريق برنامج الزوم (zoom) مثلاً، فمجلس العقد عندئذ هو شاشة القاعة الافتراضية التي تجمع أطراف العقد، فلو أوجب الولي ثم حصل تعليق يسير في اتصال النت ثم عاد الاتصال فورا وقَبِل الزوجُ صح العقد، أما إذا حصلت مشكلة تقنية وانقفل البرنامج بعد الإيجاب وأُخرج الحاضرون من القاعة الافتراضية فيجب حينئذ العودة لدخول القاعة الافتراضية وإعادة الإيجاب والقبول.

وهذا مثال واضح لقاعدة ما لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف.

---

(١) مواهب الجليل للحطاب، ٤٢٢/٣.
(٢) الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتي، ٥١٢.

المسألة الرابعة/ لو لم يكن لها ولي؟

قال ابن حجر رحمه الله:

(لو لم يكن لها ولي _قال بعضهم: أصلا وهو الظاهر، وقال بعضهم: يمكن الرجوع إليه أي يسهل عادة كما هو ظاهر_ جاز لها أن تفوض مع خاطبها أمرَها إلى مجتهد عدلٍ فيزوجها ولو مع وجود الحاكم المجتهد، أو إلى عدل غير مجتهد ولو مع وجود مجتهد غير قاض فيزوجها، لا مع وجود حاكم ولو غيرَ أهل _كما حررته في شرح الإرشاد_، نعم إن كان الحاكم لا يزوج إلا بدراهم لها وقع كما حدث الآن فيتجه أن لها أن تولي عدلا مع وجوده)[1].

وقال الشرواني محشياً:

(وأما مسألة التولية، وهي تولية المرأة وحدها عدلا في تزويجها فيشترط فيها فقد الولي الخاص والعام، فيجوز للمرأة إذا كانت في سفر أو حضر وبعُدَت القُضاةُ عن البادية التي هي فيها ولم يكن هناك من يصلح للتحكيم أن تولي أمرها عدلا كما نص عليه الشافعي –رضي الله تعالى عنه–، وأجاب في ذلك بقوله: «إذا ضاق الأمر اتسع» وبقوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[الحج: ٧٨]، ولو منعنا كل من لا ولي لها من النكاح مطلقا حتى تنتقل إلى بلد الحاكم لأدى إلى حرج شديد ومشقة تعم من كان بذلك القطر، وربما أدى المنع إلى الوقوع في الفساد).

الشرح:

يتكلم ابن حجر رحمه الله شارحا كلام المنهاج مبيناً اشتراط الولي في صحة عقد النكاح، ثم ينبه على هذه المسألة، وهي فقد الولي، وفقد الولي كما أوضح إما أن يكون الولي منعدماً أصلا، أو يكون موجوداً لكن يصعب الوصول إليه عادةً، فعندئذٍ يصح للمرأة أن تولي رجلاً عدلاً من المسلمين يعقد لها في حال فقد القاضي ومن يصلح للتحكيم أو كان القاضي موجوداً لكنه يأخذ دراهماً مقابل العقد فهذا يجعل القاضي في حكم المفقود.

وقد نبه المحشي رحمه الله أن جواز تولية المرأة رجلاً عدلاً من المسلمين مشروط بفقد الولي الخاص والعام، والفقد في الولي الخاص والعام إما فقد عدماً أو حكماً وعادةً.

---

(١) تحفة المحتاج، ٧/٢٣٧.

فمحـــل مســـألتنا هي جواز تولية المرأة رجلاً مسلماً عدلاً غيرَ ولي ليعقد لها في حال لم يتيسر عادة الوصول للولي الخاص أو العام.

وهذه المسألة فيها تيسير على المسلمين ورفع للحرج عنهم وتوسعة في الضيق وتيسير للحلال وسد للحرام.

وهي مما يحتاج إليه في عصرنا هذا، ومثال ذلك:

امرأة مغتربة للعمل في غير بلدها وانتهت إقامتها مثلاً، وخطبها رجل وهي تحتاج الزواج، لكن وليها يعيش في بلده البعيد ولا يملك هاتفاً ذكياً أو لا يتوفر لديه شبكة اتصال بحيث يمكن التواصل معه، أو كان لا يفهم لغتنا، وأراد الخاطب أن يعقد على هذه المرأة ولا يستطيعون العقد في المحكمة لأن أوراقها النظامية منتهية الصلاحية، ولم يسهل الوصول لوليها لأحد الأسباب السابقة فعندئذ يجوز لها أن تولي رجلاً مسلما عدلاً يعقد لها.

وكالمسلمات الجدد في بعض دول أوروبا التي لا يكون فيها قضاة مسلمون فلا تكلف حينها السفر إلى بلد آخر فيه قاض مسلم لأن ذلك يصعب عادة، بل تأذن لإمام المسجد أو رئيس المركز الإسلامي إن وجد وإلا فتفوض من تأمنه من رجال المسلمين ليعقد لها.

آراء المذاهب:

هذه المسألة يُبحث فيها لدى القائلين باشتراط الولي، أما من يقول بعدم اشتراطه كالإمام أبي حنيفة رحمه الله فالأمر عندهم محلول، والقائلون باشتراطه هم المالكية والشافعية والحنابلة.

المالكية/

قال في جواهر الدرر:

(فإن لم يكن حاكم، أو كان وتعذر، فولاية عامةِ مسلم، شريفةً كانت أو دنيئة)[1].

وقال في الفواكه الدواني:

(فإن لم يوجد أحد من الأولياء المقدمة على السلطان ولا حاكم أيضا فولاية عامةِ مسلم لقوله تعالى: ﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ﴾[التوبة: ٧١]، ولو

(١) جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر للشمس التتائي، ٤/٢٦.

كانت شريفة، وللولي من ذي الولاية العامة أن يتولى الطرفين إذا زوجها من نفسه بعد أن يستأذنها وترضى به كابن العم ونحوه من أهل الولاية الخاصة إذا وكلته في أن يزوجها)[1].

واضح من مذهبهم أنه إن عُدم الولي الخاص ثم عدم الحاكم أو تعذر عادة فيزوجها رجل مسلم بإذنها.

الحنابلة/

قال في كشاف القناع:

((فإن عُدم الولي مطلقا) بأن لم يوجد أحد ممن تقدم (أو عَضل) وليُها ولم يوجد غيره (زوجها ذو سلطان في ذلك المكان، كوالي البلد أو كبيره أو أمير القافلة ونحوه) لأن له سلطنة، (فإن تعذر) ذو سلطان في ذلك المكان (زوجها عدل بإذنها، قال) الإمام (أحمد في دِهقان قرية) _بكسر الدال وتضم، ودَهْقَن الرجل وتدهقن:كثر ماله، قاله في الحاشية_، أي: (رئيسها، يزوج من لا ولي لها إذا احتاط لها في الكفء والمهر، إذا لم يكن في الرستاق قاض) لأن اشتراط الولاية في هذه الحالة يمنع النكاح بالكلية فلم يجز، كاشتراط كون الولي عصبة في حق من لا عصبة لها.

(وإن كان في البلد حاكم وأبى التزويج إلا بظلم كطلبه جعلا لا يستحقه)، إما لأن يكون له في بيت المال ما يكفيه أو طلب زيادة على جُعل مثله (صار وجوده) أي الحاكم (كعدمه) قال الشيخ تقي الدين: ووجهه ظاهر)[2].

واضح من كلامهم أن مذهبهم قريب من مذهب الشافعية، حيث صرحوا بأنه إذا تعذر ذو سلطان زوجها عدل بإذنها، والتعذر قد يكون فقداً أو عادةً.

فالخلاصـــة بعد هذا العرض لأقوال المذاهب يظهر توافقهم على نفس الحكم وهو صحة تفويض المرأة لرجل مسلم يعقد لها عند فقد الولي الخاص ثم فقد الحاكم، سواء كان هذا الفقد حساً أو حكماً بأن يصعب عادة، وهنا يظهر أثر العرف في ضبط الفقد عادة، فقد مثلوا لذلك بالمرأة التي تكون ببادية لا قاضي بها فإنها لا تكلف السفر خارج بلدها لتبحث عن قاض يعقد لها لأن ذلك يصعب عادة، أما الآن فلا يقال إن ذلك صعب؛ لتغير الواقع مع وجود المواصلات الحديثة ووجود وسائل الاتصال التي قربت العديد، فما قد يصعب عادة في السابق قد لا يصعب

(١) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، ٨/٢.
(٢) كشاف القناع للبهوتي، ٥٢/٥.

الآن، ولذا يجب على كلٍ من المفتي والقاضي أن يراعي عرف زمانه ولا يأخذ بأمثلةٍ حكاها الفقهاء في زمانهم وفق ثقافة عصرهم ثم يطبقها على هذا الزمان، فهذا الفعل يعد تشويها للفقه الإسلامي الذي هو بريء من مثل هذا الجمود.

وعلى كل حال فهذه المسألة تطبيق لقاعدة «ما لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف»، والله أعلم.

المسألة الخامسة/ غياب الولي الأقرب:

قال ابن حجر رحمه الله:

((ولو غاب الأقرب إلى مرحلتين[1]) أو أكثر ولم يُحكم بموته ولا وَكَّلَ من يزوج مُولِيَتَه إن خُطبت في غيبته (زوجِ السلطانُ) لا الأبعدُ وإن طالت غيبته وجُهل محلُه وحياتُه؛ لبقاء أهلية الغائب _والأصل إبقاؤها_.

والأولى: أن يأذن[2] للأبعد أو يستأذنه ليخرج من الخلاف)[3].

الشرح:

يبين الشارح رحمه الله الحكم فيما لو غاب الولي الأقرب عن بلده الذي فيه موليته إلى مرحلتين (٨٩ كلم) فأكثر، وخُطبت موليته ولم يوكل أحداً بالتزويج ولم يُحكم بموته.. فعندئذ يتولى السلطان أو القاضي عقد النكاح؛ لبعد المسافة.

وسبب إيرادي لهذه المسألة: أن هذه المسافة ليست بعيدة في عرفنا المعاصر مع وجود وسائل المواصلات السريعة وأجهزة الاتصالات وشبكة الإنترنت، فالمسافات في عصرنا قد تلاشت مع برامج التواصل الصوتي والمرئي، وخصوصاً بعد عصر كورونا حيث تغيرت كثير من المفاهيم، واعتمد الناس شعوباً ودولاً في تسيير الكثير من أمور حياتهم على التواصل عن بعد.

فهل بعد كل هذا.. يبقى القول بأن الولي لو غاب مرحلتين فأكثر تنتقل الولاية إلى القاضي؟ أم نقول إن الحكم يتغير لتغير الواقع؟

فيصير الحكم في عصرنا نظراً لإمكان الوصول للولي وعدم تعذره أنه يجب التواصل مع الولي عن بعد ليعقد لموليته، ولا تنتقل الولاية للقاضي إلا إذا تعذر الوصول إليه.

(١) المرحلتان تساوي ٨٩ كيلومتراً تقريباً، انظر: ملحق الموازين والمكاييل والأطوال من إعداد غالب محمد كريم، وهو ملحق بمتن منهاج الطالبين للنووي طبعة دار المنهاج.

(٢) أي السلطان.

(٣) تحفة المحتاج، ٢٥٨/٧.

آرا المذاهب:

من المهم جداً معرفة آراء المذاهب في هذه القضية لمعرفة مدرك المسألة وعلى أي شيء بُنيت.

وسأنقل رأي المالكية والحنابلة دون الحنفية لعدم اشتراطهم الولي في صحة عقد النكاح.

المالكية/

قال في بداية المجتهد:

(وأما المسألة الثالثة، وهي غيبة الأب عن ابنته البكر – فإن في المذهب فيها تفصيلا واختلافا، وذلك راجع إلى بعد المكان وطول الغيبة أو قربه، والجهل بمكانه أو العلم به، وحاجة البنت إلى النكاح؛ إما لعدم النفقة، وإما لما يخاف عليها من عدم الصون، وإما للأمرين جميعا.

فاتفق المذهب على أنه إذا كانت الغيبة بعيدة، أو كان الأب مجهول الوضع أو أسيرا، وكانت في صون وتحت نفقة – أنها إن لم تدع إلى التزويج لا تزوج، وإن دعت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه.

واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه؟ أم لا؟ إذا كان بعيدا. فقيل: تزوج، وهو قول مالك. وقيل: لا تزوج، وهو قول عبد الملك، وابن وهب.

وأما إن عدمت النفقة، أو كانت في غير صون – فإنها تزوج أيضا في هذه الأحوال الثلاثة، أعني: في الغيبة البعيدة، وفي الأسر، والجهل بمكانه. وكذلك إن اجتمع الأمران، فإذا كانت في غير صون تزوج، وإن لم تدع إلى ذلك.

ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوج في الغيبة القريبة المعلومة؛ لمكان إمكان مخاطبته، وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذي انبنى عليه هذا النظر أن يقال: إن ضاق الوقت، وخشي السلطان عليها الفساد – زوجت، وإن كان الموضع قريبا[1].

وقد تعمدت إيراد كلام ابن رشد لعنايته ببيان مباني المسائل وسبب الخلاف، فالمفهوم من كلامه أن علة المسألة هي إمكان الوصول إلى الولي من عدمه، مع ابتناء هذه المسألة على النظر المصلحي.

والآن أنقل معتمد مذهب المالكية من شروح خليل.

(١) بداية المجتهد لابن رشد القرطبي، ٤١/٣.

قال في شرح الخرشي: (يعني أن الحاكم أو غيره من الأولياء كأخ وجد إذا زوج المرأة المجبَرة بكرا كانت أو ثيبا صغيرة أو كبيرة مجنونة في غيبة أبيها غيبة قريبة كعشرة أيام ونحوها فإن التزويج يفسخ)[1].

ثم قال: (هذا هو القسم الثاني وهو بعيد الغيبة، يعني أن للحاكم أن يزوج ابنة المجبِر إذا غاب عنها غيبة بعيدة، وغايتها كما قاله مالك مسافة إفريقية أي القيروان، واختلف في ابتدائها فعند ابن رشد مصر؛ لأن ابن القاسم بها وتبعه المؤلف بقوله «وظُهِّر من مصر»، واستبعده ابن عبد السلام، واستظهر قول الأكثر من المدينة؛ لأن المسألة لمالك، وإنما قاله بالمدينة، واعلم أن بين المدينة ومصر نحو شهر وبين مصر وأفريقية نحو ثلاثة أشهر) [2].

ثم قال: (الولي الأقرب غير المجبرِ إذا غاب غيبة مسافتها من بلد المرأة ثلاث ليال أو نحوها ودعت لكفء وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة فإن الحاكم يزوجها لا الأبعد؛ لأن غيبة الأقرب لا تسقط حقه والحاكم وكيل الغائب)[3].

وقال في الشرح الصغير: ((وإن غاب) المجبر غيبة قريبة (كعشر) أو عشرين يوما مع أمن الطريق وسلوكها (لم يزوج) المجبَرة (حاكم أو غيره) لأنه في حكم الحاضر، لإمكان إيصال الخبر إليه بلا كبير مشقة (وفُسخ) أبدا إن وقع. (إلا إذا خيفت الطريق) بأن كان لا يمكن سلوكها لعدم الأمن (وخيف عليها) ضياع أو فساد (فكالبعيدة)، يزوجها الحاكم دون غيره وإلا فسخ)[4].

فحاصل مذهب المالكية أن الولي إذا غاب غيبة قريبة كعشرين يوماً فلا يزوجها أحد غيره؛ لإمكان الوصول إليه بلا مشقة فهو في حكم الحاضر.

وإن غاب الولي المجبِر غيبة بعيدة كأربعة أشهر فيزوجها القاضي.

أما إن غاب الولي الأقرب غير المجبِر مسافة ثلاث ليال فيزوجها القاضي.

والذي يهمنا من بين هذه التفاصيل تعليل المسألة، وهي معللة في الغيبة القريبة بأنه في حكم الحاضر لإمكان الوصول إليه، وبالتالي من اعتبرت غيبته طويلة _كالمسافة بين المدينة والقيروان في عهد الإمام مالك_ فلأنه في حكم غير الموجود لمشقة الوصول إليه.

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٨٦/٣.
(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٨٦/٣.
(٣) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٨٦/٣.
(٤) الشرح الصغير للدردير، ٣٦٦/٢.

أما الآن فلو سافر الولي من المدينة المنورة إلى تونس وترك بنته في المدينة وجاءها خاطب فباتصال هاتفي بسيط يستطيع الأب الرجوع من تونس إلى المدينة في ساعات، وإن لم يرد فيستطيع أن يحرر توكيلاً إلكترونيا من مكانه، فإن لم يرد فبإمكانه أن يعقد لبنته عن طريق برنامج (ZOMM) مثلاً.

هذه لغة الفقه في العصر الحديث.

الحنابلة/

قال في الروض المربع:

((فإن عضل) الولي (الأقرب) بأن منعها كفئا رضيته ورغب بما صح مهرا _ويفسق به إن تكرر_، (أو لم يكن) الأقرب (أهلا) لكونه طفلا أو كافرا أو فاسقا أو عبدا، (أو غاب) الأقرب (غيبة منقطعة لا تقطع إلا بكلفة ومشقة) فوق مسافة القصر، أو جهل مكانه (زَوَّجَ) الحرةَ الوليُ (الأبعدُ) لأن الأقرب هنا كالمعدوم)[١].

فانظر إلى علة الحكم حيث اعتبروا الولي المسافر فوق مسافة القصر كالمعدوم؛ لمشقة الوصول إليه.

أما الآن فلو سافر إلى أقصى الأرض فهو حاضر موجود، ولا مشقة في الوصول إليه.

وأنقل هنا كلام الإمام ابن قدامة في المغني لنفاسته، قال رحمه الله تعالى:

(والفصل الثاني: في الغيبة المنقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها. ففي قول الخرقي: هي من لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجيب عنه؛ لأن مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية، فتكون منقطعة، أي ينقطع عن إمكان تزويجها. وقال القاضي: يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردد القوافل فيه في السنة إلا مرة؛ لأن الكفء ينتظر سنة، ولا ينتظر أكثر منها، فيلحق الضرر بترك تزويجها. وقد قال أحمد في موضع: إذا كان الأب بعيد السفر، يزوج الأخ. قال أبو الخطاب: فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة؛ لأن ذلك هو السفر الذي علقت عليه الأحكام. وذهب أبو بكر إلى أن حدها ما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة؛ لأن أحمد قال: إذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها، كتب إليهم حتى يأذنوا، إلا أن تكون غيبة منقطعة، لا تدرك إلا بكلفة ومشقة، فالسلطان ولي من لا ولي له. وهذا القول إن شاء الله تعالى أقربها إلى الصواب، فإن التحديدات بابها التوقيف، ولا توقيف في

(١) الروض المربع للبهوتي، ٥١٦.

هذه المسألة، فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم، مما لم تجر العادة بالانتظار فيه، ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله، فإنه يتعذر في ذلك الوصول إلى المصلحة من نظر الأقرب، فيكون كالمعدوم، والتحديد بالعام كبير؛ فإن الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك، ويذهب الخاطب، ومن لا يصل الكتاب منه أبعد، ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكاتبته، والتوسط أولى. والله أعلم.

واختلف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المنقطعة، فقال بعضهم كقول القاضي، وبعضهم قال: من الري إلى بغداد. وبعضهم قال: من البصرة إلى الرقة وهذان القولان يشبهان قول أبي بكر. واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم، فقال بعضهم: مسافة القصر. وقال بعضهم: يزوجها الحاكم وإن كان الولي قريبا. وهو ظاهر نص الشافعي. وظاهر كلام أحمد، أنه إذا كانت الغيبة غير منقطعة، أنه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل)[١].

فانظر إلى كلامه الذي ميزته بالخط، وانظر عباراته، فمرة قال فيمن لا يصل إليه الكتاب أنه تتعذر مراجعته فينقطع عن إمكان تزويجها.

ثم لما عرض الأقوال في تحديد الغيبة المنقطعة قال قولا فصلا: «فإن التحديدات بابها التوقيف، ولا توقيف في هذه المسألة، فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم، مما لم تجر العادة بالانتظار فيه، ويلحق المرأةَ الضررُ بمنعها من التزويج في مثله».

وهذا هو الفقه.. فالغيبة البعيدة المنقطعة ليس لها تحديد من الشرع ولا اللغة فوجب الرجوع إلى العرف، وقد ضبط الفقهاء هذه الغيبة بحسب عرف زمانهم فكانت ما يشق فوق مسافة القصر.

وفي زماننا.. هل غياب الولي لهذه المسافة يتعذر معها الوصول إليه ولا يمكنه تزويجها؟

الجواب: لا؛ فبإمكانه أن يرجع إلى بلده من أقصى العالم بالطائرة، وإن لم يرد الرجوع فيمكنه أن يعقد لها عن طريق التواصل المرئي، وبإمكانه تحرير وكالة إلكترونياً، فإن تعذرت كل هذه السبل والوسائل فعندئذ تنتقل الولاية بحسب نظر القاضي.

وهذه المسألة تطبيق لقاعدة «ما لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف».

(١) المغني لابن قدامة، ٧/٣٢.

والله أعلم بالصواب.

المسألة السادسة/ شرط مُحَلِّل المطلَّقة ثلاثا كونه ممن يمكن جماعه عادة:

يقول الإمام النووي رضي الله عنه:

(وإذا طلق الحر ثلاثا أو العبد طلقتين لم تحل له حتى تنكح، وتغيب بقبلها حشفتُه أو قدرُها، بشرط الانتشار، وصحة النكاح، وكونه ممن يمكن جماعه، لا طفلا على المذهب فيهن)[1].

قال ابن حجر رحمه الله:

((وكونه ممن يمكن جماعه) أي يَتَشَوف إليه منه عادة؛ لما يأتي في غير المراهق (لا طفلا) وإن انتشر ذكره كما يصرح به المتن وغيره؛ لأنه لا أهلية فيه لذوق عسيلة.

ومثَّله[2] البندنيجي بابن سبع سنين.

وقد يؤخذ منه[3]: ما ذكرته في شرح الإرشاد: أن من اشتَهَى طبعا حلَّل؛ كَما ينتقض الوضوء بلمسه، ومن لا.. فلا.

وأما ما اقتضاه كلام غير البندنيجي من أن المراد به: غير المراهق، وهو: من لم يقارب البلوغ فبعيد من عبارة المتن وغيره.

فإن قلتَ: لمَ لمْ يُضبط بالتمييز فقط؟.. قلتُ: لأن التمييز غير منظور إليه هنا؛ لأن المجنون يحلِّل مع عدم تمييزه، فأنيط بمن مِن شأنه أن يتأهل للوطء، وهو مَن مَرَّ)[4].

الشرح:

المطلقة ثلاثاً لا تحل للسابق حتى تنكح زوجاً غيره ويجامعها؛ لقول الله ﷻ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[البقرة:٢٣٠]، ولقوله ﷺ لامرأة رفاعة القرظي لما طلبت الرجوع إليه وكان قد بت طلاقها: «أتريدين أن ترجعي إلى

(١) متن المنهاج مع مغني المحتاج، ٣٠٠/٤.
(٢) أي الطفل الذي لا يتأتى منه الجماع.
(٣) أي من تمثيل البندنيجي.
(٤) تحفة المحتاج، ٣١٢/٧.

رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[١]، ولما رُوي عن ابن عمر، قال: سُئل النبي ﷺ عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا فيتزوجها الرجل، فيغلق الباب ويرخي الستر، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها؟ قال ﷺ: «لا تحل للأول حتى يجامعها الآخر»[٢].

ويشترط في الزوج المحلِّل كونه ممن يمكن جماعه عادة.

فالطفل الصغير ابن سبع سنين أو أصغر لا يمكنه الجماع عادة ولا يتأتى منه الاشتهاء ولا ذوق العسيلة فلا يصح تحليله ولو استُدخِلت حشفته، فلو فرضنا أن امرأة طُلِقت من زوجها ثلاثاً وأرادت الرجوع فطلبت من ولي طفل صغير أن يزوجها هذا الطفل فحصل النكاح فقامت باستدخال حشفته في فرجها ثم طُلقت منه فإنها لا تحل للأول؛ لأن هذا الطفل لا يمكنه الجماع عادة ولا يُتصور منه اشتهاء الوقاع ولا يفهم ذوق العسيلة التي شرطها النبي ﷺ للتحليل.

وكل هذه الشروط سداً لباب التحايل على الشرع بإجراء نكاح صوري وجماع صوري.

أما المراهق المقارب للبلوغ إن تزوج المطلقة ثلاثاً وجامعها فيعتبر محللاً لأن المراهق ابن ثلاثة عشر سنة ولو لم يكن بالغاً فإنه يمكنه الجماع عادة وعنده الاشتهاء ويذوق العسيلة.

ويبقى النظر فيما فوق سبع سنين إلى سن المراهقة، وهنا لا بد من الرجوع إلى المختصين من الأطباء وعلماء النفس، فيؤخذ قولهم في سن الصبي الذي يمكن معه الجماع عادة ويكون له اشتهاء طبعا ويذوق العسيلة.

وقد سألت بعض الأطباء عن هذه المسألة فأفادني بأن هناك فرقاً بين الانتصاب والشعور باللذة الجنسية، فهناك ما يسمى بالانتصاب الصباحي وهو يحصل للأطفال الصغار عند الاستيقاظ من النوم، وهي عملية صحية طبيعية.

أما الشعور باللذة الجنسية فهي مرتبطة بهرمون الذكورة الذي يسمى (تستوستيرون Testosterone) وهو المسؤول عن الرغبة الجنسية لدى الرجل، والذي يزداد إفرازه عند البلوغ.

فالنتيجة التي توصلت إليها هي أن تذوق العسيلة بحسب التعبير النبوي والذي يعني اللذة الجنسية مرتبط بنسبة هرمون الذكورة في الجسم، وهنا يجب الرجوع إلى المختصين لمعرفة العمر الذي يبدأ فيه زيادة إفراز هذا الهرمون بحيث ينتج عنه تولد الرغبة الجنسية لدى الشاب، والله أعلم.

(١) صحيح البخاري (٢٦٣٩).
(٢) سنن النسائي (٣٤١٥).

آراء المذاهب:

الحنفية/

قال في الاختيار:

((وأن يكون المحلِل يجامع مثله) سواء كان مراهقا أو بالغا لوجود الشرط وهو الإيلاج، ولا يجوز صغير لا يقدر على الإيلاج؛ لعدم الوطء المراد من النكاح)(١).

وقال في مجمع الأنهر:

((ويُحِلُها وطءُ المراهق) أي متقارب للحلم ومثله يجامع. وقيل: الذي تتحرك آلته ويشتهي الجماع. وقدر شمس الأئمة بعشر سنين)(٢).

فالمفهـــوم من كلامهم أن ابن عشر سنين يصح تحليله لأنه يتصور منه الانتشار والاشتهاء.

المالكية/

جاء في شرح الخرشي:

(المبتوتة وهي المستوفاة طلاقا، ثلاثا للحر، واثنتين للعبد، أو ما في معنى الثلاث كالبتة، مسلمة كانت أو كتابية، لا يحل وطؤها لمن طلقها، ولو بالملك حتى تنكح زوجا غيره مسلما بالغا عند الوطء ويدخل بها ويصيبها بذكره المنتشر في قبلها، ولو حصل الانتشار بعد الإيلاج، وإن لم ينزل)(٣).

واضح من كلامهم اشتراط البلوغ في المحلل.

الحنابلة/

قال في الروض المربع:

((إذا استوفى) المطلِّق (ما يملك من الطلاق)، بأن طلق الحرُ ثلاثا والعبدُ اثنتين؛ (حرمت حتى يطأها زوجٌ) غيرُه بنكاح صحيح؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[البقرة:٢٣٠] بعد قوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾[البقرة:٢٢٩]، (في قُبُل)، فلا يكفي العقد، ولا الخلوة، ولا المباشرة دون الفرج.

(١) الاختيار لتعليل المختار لمجد الدين لموصلي الحنفي، ٣/١٥١.
(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده داماد أفندي، ١/٤٣٩.
(٣) شرح مختصر خليل للخرشي، ٣/٢١٥.

ولا يشترط بلوغ الزوج الثاني، فيكفي (ولو) كان (مراهقا)، أو لم يبلغ عشرا؛ لعموم ما سبق)(١).

وقال في غاية المنتهى:

(وإن طلقها حرُ ثلاثا أو عبدٌ ثنتين، _ولو عتق_.. لم تحل له حتى يطأها زوج غيره، بنكاح صحيح، في قبل، مع انتشار، ولو مجنونا أو خصيا أو نائما أو مغمى عليه، وأدخلته فيه، أو ذميا وهي ذمية طلقها مسلم، أو لم ينزل، أو يبلغْ عشرا)(٢).

فالمفهـوم من كلامهم رضي الله عنهم أن الصبي إذا بلغ عشرا فصاعداً فيمكن منه الجماع والانتشار، وأما من كان دون العشر إذا تأتى منه الانتشار وغيب حشفته حصل التحليل.

فالضابط عندهم حصول الانتشار.

أسـتخلص مما سبق أن المذاهب متفقة على اعتبار حصول لذة العسيلة، ثم رأينا كلامهم في محاولة ضبط حصول ذلك بالسن وبالوصف، أما بالوصف فهو بحصول انتشار الذَكَر، وأما بالسن..

فاحتاط المالكية وشرطوا البلوغ،

والحنفية قدروا بعشر سنين،

والحنابلة قالوا ولو دون عشر سنين إن حصل الوطء والانتشار،

والشافعية نصوا على عدم حصول ذلك من ابن سبع؛ لأن الضابط إمكان جماعه عادة واشتهاؤه، وقد وضحت أن الرغبة الجنسية مرتبطة بهرمون الذكورة الذي يفرز عند البلوغ، وقد نص الشافعية على أن أقل سن يبلغ فيه الصبي تسع سنين قمرية بالاستقراء.(٣)

فليكـن إذاً سن التسع هو أقل سن يحصل به التحليل بشرط الانتشار والاشتهاء، والله أعلم.

(١) الروض المربع للبهوتي، ٢٣٥/٣.
(٢) غاية المنتهى للشيخ مرعي الكرمي الحنبلي، ٣٣٠/٢.
(٣) مغني المحتاج للشربيني، ١٣٣/٣.

ملخص البحث

١. من أعظم مزايا الشريعة اشتمالها على أحكام مرنة لتلبي حاجات الناس مع اختلاف الزمان والمكان والظروف والأحوال.
٢. من أسباب مرونة الفقه الإسلامي اشتماله على مصادر تشريعية مرنة كالعرف والاستحسان والمصالح وسد الذرائع.
٣. يجب على المفتي والقاضي معرفة الأحكام الفقهية التي يمكن تغيرها كالمبينة على العرف، ثم معرفة واقع زمانه لينزل الحكم بشكل صحيح.
٤. مسألة ذكر مساوئ الخاطب: يجب على المستشار بيان ذلك إن علم كونه عيباً عرفاً عند المستشير.
٥. مسألة اللحن في صيغة العقد: يصح العقد ولو كانت الصيغة لحناً في اللغة العربية الفصحى.
٦. مسألة الفصل بين الإيجاب والقبول: إذا حصلت مشكلة تقنية في برنامج التواصل وانقفل البرنامج بعد الإيجاب وأُخرج الحاضرون من القاعة الافتراضية فيجب حينئذ العودة لدخول القاعة الافتراضية وإعادة الإيجاب والقبول.
٧. إذا لم يكن للمرأة ولي يسهل الوصول إليه عادة فلها أن تفوض من يعقد لها، وهذا الحكم يتغير في عصرنا لتوفر وسائل التواصل عن بعد، فيتيسر الوصول للولي عبر الاتصال، فما كان صعبا عادة سابقاً أصبح الآن سهلاً.
٨. إذا غاب الولي الأقرب للمرأة مسافة القصر فتنتقل الولاية، وفي زماننا.. لا؛ لتوفر التواصل عن بعد.
٩. شرط المحلِّل في الطلاق الثلاث أن يمكن جماعه عادة: والخلاصة أن سن التسع هو أقل سن يحصل به التحليل.